RÉGULATION

Régulation, mode d'emploi

BRUNO LASSERRE *

Placées « au service du marché », mais dotées d'objectifs plus larges, les autorités de régulation sont en train d'expérimenter, en France comme dans le reste de l'Europe, leurs instruments et leurs méthodes.

« Faire fonctionner correctement un système complexe » : on ne peut mieux résumer la tâche du régulateur qu'en reprenant la définition que donne le dictionnaire de sa mission.

Dans un marché qui fonctionnerait de manière pure et parfaite, il n'y aurait pas place pour un régulateur. Ce dernier n'est là que pour permettre aux mécanismes économiques de fonctionner normalement. Certains ont parfois comparé son rôle à celui de la doublure, toujours prête à remplacer au pied-levé la « prima donna » que serait le marché.

Les choses sont cependant plus complexes, car il est rare que les objectifs assignés au régulateur se limitent à se substituer au marché lorsque celui-ci est impuissant à faire fonctionner tout seul un secteur économique. C'est donc à ces objectifs qu'il faut s'intéresser, avant d'examiner les instruments et les méthodes du régulateur.

Les objectifs ne peuvent être définis par le régulateur lui-même, sous peine d'une confusion de pouvoirs qui serait nécessairement contestée par les autres acteurs économiques. Une des erreurs des gouvernements de transition dans les pays d'Europe de l'Est a été de mettre en place des agences de régulation indépendantes sans définir au préalable, par la loi, leurs objectifs. Ces régulateurs se sont vite empêtrés dans leurs pouvoirs, au point d'être souvent paralysés sous l'effet d'une double remise en cause de leur action, par les parlements nationaux et les entreprises du secteur.

La définition des objectifs revient au législateur qui doit les préciser le plus clairement possible. Au Royaume-Uni, par exemple, les offices de régulation disposent chacun d'une liste très complète d'objectifs. De même, la loi française de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 assigne quatre objectifs aux instances de régulation que sont le ministre chargé du secteur et l'ART (Autorité de régulation des télécommunications) :

– « veiller à l'exercice, au bénéfice des utilisateurs, d'une concurrence effective et loyale » ;
– « veiller à la fourniture et au financement de l'ensemble des composantes du service public des télécommunications », qui lui-même obéit à un certain nombre de règles générales (égalité, continuité, adaptabilité) ;
– « veiller au développement de l'emploi, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des télécommunications » ;
– « veiller à la prise en compte de l'intérêt des territoires et des utilisateurs dans l'accès aux services et aux équipements » : tenir compte, donc, de l'impératif de l'aménagement du territoire, mais aussi faciliter l'accès des consommateurs aux potentialités du marché.

On voit donc que le bon fonctionnement du marché concurrentiel, but généralement fixé aux autorités chargées de faire appliquer le droit commun de la concurrence, est un objectif trop réducteur pour les régulateurs spécialisés en charge d'une industrie de réseau comme l'énergie, les télécommunications ou les transports. Les lois nationales leur assignent en général un cadre d'action plus large, incluant par exemple la

* *Conseiller d'Etat, ancien directeur général des Postes et Télécommunications.*

conciliation entre concurrence et service public ou service universel. Ce cadre peut varier en fonction de la culture de chaque pays ou des orientations politiques. Ainsi, la réforme française des télécommunications a rappelé avec beaucoup d'insistance l'obligation de pratiquer des tarifs de téléphone égaux sur l'ensemble du territoire, alors que ce point était considéré comme relativement secondaire en Allemagne.

Ayant défini, au départ, les objectifs du régulateur, le législateur doit aussi s'interroger périodiquement sur leur pertinence, et évaluer l'action des régulateurs. Le premier point est souvent mieux traité dans les législations anglo-saxonnes, qui ont une conception plus pragmatique et plus instrumentale du droit. Il n'est pas rare de trouver dans les lois ce que les Américains appellent une *sunset provision* (« clause crépusculaire » pour les Canadiens), qui oblige le législateur, selon une périodicité définie à l'avance, à se pencher sur la validité des présupposés sur lesquels a été construite la loi en cause, et d'adapter éventuellement son contenu. Le second point – qui évalue l'action du régulateur ? – fait l'objet d'une prise de conscience plus récente.

DES TÂCHES QUI CHANGENT AVEC LE MARCHÉ

Le terme de régulation ne définit pas, dans les industries de réseau, une activité stable, mais une fonction appelée à se transformer selon l'évolution du secteur. On peut distinguer trois phases successives.

La première est celle de la « *régulation de l'entrée* ». Elle consiste à définir les variables, essentiellement techniques et juridiques, permettant à de nouveaux acteurs d'entrer sur le marché, jusqu'alors occupé exclusivement par l'opérateur historique. Il s'agit d'allouer des licences, d'attribuer des ressources rares, de veiller à l'interopérabilité des réseaux entre eux : pour l'essentiel, un travail de production de normes et de décisions individuelles, requérant des compétences d'ingénieurs et de juristes. Il pourra être accompli, dans cette première phase, par un organisme d'Etat : la tâche de réglementation générale, prédominante, gagnera en efficacité si elle est exercée près de l'autorité qui détient le pouvoir de décision.

La deuxième phase, celle qui suit l'ouverture du marché, est la « *régulation de la dominance* » : les nouveaux entrants sont là, sans cependant pouvoir remettre en cause la position dominante acquise par l'ex-monopole. C'est peut-être la phase la plus difficile. Fixer à sa juste valeur le prix des ressources du réseau public (interconnexion, transport…) auxquelles doivent accéder les concurrents, éviter les subventions croisées d'un service à l'autre, déceler dans les propositions tarifaires ce qui peut entraver la concurrence, veiller à la transparence des comptes… : ces nouvelles priorités nécessitent une expertise et justifient sans aucun doute la création d'une autorité indépendante, bien articulée avec le régulateur du droit de la concurrence, qui pourra être saisi de certains dysfonctionnements constatés.

La « régulation de la dominance » est la phase la plus difficile

La troisième phase, enfin, est celle de la « *régulation de la concurrence* ». Elle commence au moment où les parts de marché de l'opérateur historique et des nouveaux entrants se banalisent. Il ne s'agit alors d'intervenir qu'en cas de nécessité, pour prévenir ou sanctionner les comportements qui viendraient perturber le jeu concurrentiel. Cette régulation, essentiellement « comportementale », doit en théorie démanteler les instruments les plus interventionnistes mis en place, tels que les contrôles tarifaires *a priori*, et organiser le transfert progressif des compétences vers l'autorité de concurrence. Inutile de dire que la tentation du régulateur est de la faire durer le plus possible, car il n'est jamais facile de régler son propre déclin…

Le jeu est d'autant plus compliqué que, dans un même secteur, peuvent coexister plusieurs marchés ayant une maturité différente. Si l'on prend par exemple le cas du téléphone en France, le marché du téléphone local est toujours dans la phase de l' « entrée », celui de la longue distance et de l'international dans la phase de la « dominance », tandis que la « régulation de la concurrence » paraît bien adaptée à la situation du téléphone mobile.

LES OUTILS : DES NORMES AUX SANCTIONS

Il n'y a évidemment pas de « panoplie idéale » du régulateur, qui serait en quelque sorte associée à la création de chaque autorité de régulation. C'est d'ailleurs une des différences entre les systèmes français et britannique. Loin d'avoir bâti un modèle qui se déclinerait en autant de « clones » homogènes (Oftel, Ofgaz, Ofwater, etc.), le législateur français a une conception assez élastique des pouvoirs du régulateur en fonction des équilibres politiques du moment et des particularités de chaque secteur.

Le régulateur dispose de six types d'outils, classés ici en partant de ceux qu'il partage le plus souvent avec l'autorité gouvernementale, pour aller vers ceux qui lui sont confiés à titre exclusif.

1. L'édiction de normes générales : c'est le pouvoir qui lui est

le plus chichement accordé, pour des raisons à la fois juridiques (l'article 21 de la Constitution interdirait toute délégation trop large du pouvoir réglementaire à une autorité indépendante) et politiques (l'édiction de la réglementation reste une prérogative du gouvernement). Ce n'est que lorsque le domaine est technique ou nécessite, comme dans le secteur boursier, l'association des professionnels pour que la norme apparaisse légitime, que la loi confie un tel pouvoir à un régulateur indépendant, sous réserve parfois d'un agrément ministériel.

2. L'attribution de licences et de ressources rares : c'est l'outil qui permet de réguler l'entrée sur le marché, soit que ces licences soient allouées de manière automatique, soit qu'elles résultent d'un processus de sélection (enchères ou soumission comparative). Les ressources rares sont très diverses (fréquences de télécommunications, numéros de téléphone, droits de passage sur le domaine public, créneaux horaires de transport aérien, sillons ferroviaires, etc.), mais elles sont généralement la condition d'une entrée efficace sur le marché, et doivent donc être gérées de manière équitable et indépendante de l'opérateur historique. Il n'est pas rare que, dans ces domaines, le pouvoir soit partagé avec l'autorité ministérielle, qui viendra apposer le sceau final sur un projet instruit ou proposé par le régulateur.

3. La gestion de fonds ou de dispositifs tarifaires liés aux missions de service public, et destinés à la « mutualisation » des coûts de ces dernières entre tous les opérateurs.

4. Le contrôle des tarifs, qui se divisent eux-mêmes en deux catégories : les tarifs intermédiaires liés à l'accès au réseau, pour lesquels le régulateur dispose généralement d'un pouvoir plus étendu car il s'agit d'un curseur très puissant de la concurrence entre opérateurs, que ce soit dans l'électricité, les télécommunications ou le transport ferroviaire ; et les tarifs payés par l'utilisateur final, sur lesquels le contrôle est plus variable.

5. La résolution des litiges entre opérateurs. Cette prérogative importante peut être partagée avec l'autorité de la concurrence et le juge.

6. Les sanctions, qui viennent réprimer un manquement aux obligations résultant de la réglementation applicable au secteur ou de la licence individuelle. Le régulateur ne les utilise généralement que si tous les mécanismes en amont – injonctions, compromis – sont restés inefficaces.

LES MÉTHODES : LE PRIX DE LA LÉGITIMITÉ

Le succès du régulateur dépend de la légitimité qu'il aura acquise. Loin d'être innée, comme celle dont jouit un gouvernement élu ou un juge, cette légitimité devra être conquise, moins d'ailleurs par la justesse de décisions forcément contestées que par les méthodes auxquelles il aura fait appel. C'est peut-être dans le choix de ces méthodes qu'apparaît le mieux l'originalité du régulateur par rapport aux autorités plus « classiques », qu'il s'agisse du gouvernement (réglementer, décider, contrôler) ou du juge (dire le droit, vider les litiges).

Ces méthodes doivent viser trois objectifs :

– la transparence : encore plus qu'une administration classique, l'autorité régulatrice doit être une « maison de verre », dont les intentions, les motifs, les procédures sont connues et débattues.

Trois règles d'or : transparence, prévisibilité, impartialité

– la prévisibilité : dans un environnement complexe et mouvant, le régulateur doit être un « réducteur d'incertitude », garantissant aux investisseurs que la règle du jeu sera claire et stable.

– l'impartialité : le régulateur doit éviter d'être « capturé » par les opérateurs, et bien afficher son indépendance par rapport à l'Etat-actionnaire lorsque ce dernier possède encore tout ou partie du capital de l'opérateur historique. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que la jurisprudence de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat ait été particulièrement exigeante vis-à-vis des autorités indépendantes de régulation, afin de garantir, lorsqu'elles exercent leur pouvoir de sanction, une impartialité maximale sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Ce qui caractérise peut-être le mieux le travail de régulation par rapport à une administration classique de souveraineté est le recours systématique à la publicité : publication de livres verts ou blancs, avant-projets, avis, appels à commentaires, débats publics… L'existence même d'un rapport annuel est souvent le meilleur indice d'une fonction de régulation qui, n'étant pas soumise au pouvoir hiérarchique, doit pouvoir rendre compte publiquement de ce qu'elle fait.

En somme, la régulation, activité intermédiaire entre la définition de la politique et la gestion entrepreneuriale, consiste à maintenir un équilibre en mouvement, ce qui suppose de marcher sans arrêt, comme l'acrobate sur son fil, mais en y ajoutant l'obligation d'expliquer à tout moment le chemin qui reste à parcourir pour parvenir en lieu sûr… ●